Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

IX.

Zur Lehre von der Evictionsleiſtung in Betreff der dos.

Von Herrn Dr. Arndts,
k. k. Regierungsrath und ord. Profeſſor zu Wien.

Bekker in ſeinem Aufſatze „zur Lehre von der Evictionsleiſtung", im Jahrbuch des gemeinen Rechts, Bd. VI., Nr. VIII., indem er S. 362 die Evictionsleiſtung bei der dos berührt, macht unter Bezugnahme auf Vangerow, Lehrb. I., §. 217, Anm. 2 und Arndts Pand., §. 403, Anm. 1 die Bemerkung, daß die hier dargeſtellte Lehre heutzutage allgemein angenommen und insbeſondere auch eine alte Streitfrage über die Auslegung der betreffenden Hauptſtelle wohl als ausgekämpft anzuſehen ſei, und nur in Anſehung der ſog. dos necessaria ſtellt er eine von beiden genannten Schriftſtellern abweichende Meinung auf, die er durch eine bisher bei dieſer Frage überſehene Stelle zu begründen ſucht. Dieſe Abweichung hätte ich wohl in der 5. Aufl. meines Lehrbuchs berückſichtigen ſollen; daß es nicht geſchehen, iſt nur einem Vergeſſen zuzuſchreiben. Nun aber iſt gerade ein Hauptſatz in der von Bekker als ſtreitlos bezeichneten Lehre wieder angefochten von Windſcheid, im Lehrbuch des Pandektenrechts, §. 495, Anm. 5, (Bd. II., S. 435.). Dies mag es rechtfertigen, daß dieſe Lehre noch einmal in dieſer Zeitſchrift zur Sprache gebracht wird. Ich ſtelle an die Spitze die wohl bekannte L. 1. Cod. de iure dotium. 5. 12. (Severus et Antoninus AA. Nicephoro):

> Evicta re, quae fuerat in dotem data, si pollicitatio vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem seu heredes eorum condictione vel ex

stipulatione agere potest. Sin autem nulla pollicitatio vel promissio intercesserit, post evictionem eius, si quidem res aestimata fuerit, ex emto competit actio. Sin vero hoc non est factum, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio. Dolo autem dantis interposito, de dolo actio adversus eum locum habebit, nisi a muliere dolus interpositus sit; tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit.

Die Conſtitution unterſcheidet folgende Fälle:

1) Es iſt ein Verſprechen der dos vorausgegangen. Daß von dieſem Fall der Anfang der Conſtitution zu verſtehen ſei, nicht, wie Manche geglaubt haben, von einem beſonderen Nebenverſprechen über Evictionsleiſtung, das wird nicht mehr bezweifelt, ſo wenig wie es zweifelhaft iſt, daß pollicitatio für dictio interpolirt worden iſt. In dieſem Falle nun wird eine perſönliche Klage gegeben, nämlich eben die Klage aus dem Dotalverſprechen. Dieſe wird als condictio oder actio ex stipulatione bezeichnet. Vielleicht hieß es in der urſprünglichen Faſſung „ex dictione vel ex stipulatione agere potest“; um die Erwähnung der dictio hinauszubringen, wurde mit einer ſehr leichten Aenderung condictione geſetzt, worunter man ſich dann überhaupt eine perſönliche Klage aus formloſem Verſprechen, eine condictio ex L. 6. Cod. de dotis promissione vel nuda pollicitatione, denken konnte. Jedenfalls iſt es die Klage aus dem verpflichtenden Vertrag, durch welche der Mann ſeine Anſprüche geltend macht, nachdem ſich durch die Eviction der Dotalſachen gezeigt hat, daß die Verpflichtung nur ſcheinbar, nicht wirklich erfüllt worden. War alſo das Verſprechen der dos auf Hingabe beſtimmter Sachen in dotem gerichtet geweſen, ſo kann in Folge der Eviction derſelben der Mann vollen Erſatz verlangen. War aber das Verſprechen dem Gegenſtande nach nicht genau beſtimmt, ſo kann nicht behauptet werden, daß der Mann Anſpruch habe auf Erſatz des vollen Werthes der evincirten Sachen; wenn z. B. Sachen in genere verſprochen waren, die zur Erfüllung des Verſprechens gegebenen Sachen aber evincirt werden, ſo kann der Mann nur

verlangen, daß ihm andere Sachen der Gattung gegeben werden, nicht gerade von gleichem Werthe und gleicher Güte, wie die evincirten, sondern von solcher Beschaffenheit, daß sie als geeignete Objecte zur Erfüllung der Obligation gleich Anfangs hätten angeboten werden können und angenommen werden müssen. War eine dos nach billigem Ermessen versprochen worden, so ist im Falle der Eviction ebenfalls wieder nicht ein Anspruch auf vollen Ersatz des Evincirten anzuerkennen; es ist nur darauf zu sehen, daß dem Manne eine angemessene dos sicher gewährt werde, und wird es daher auf den arbitratus boni viri in dieser Richtung, nicht schlechthin auf Schätzung des Werthes der evincirten Sachen oder eius quod interest mariti rem evictam non esse ankommen.

2) Es ist ein Versprechen der dos nicht vorausgegangen, die Bestellung aber durch Hingabe von Sachen mit aestimatio venditionis gratia geschehen; hier ist der wahre Gegenstand der dos die Schätzungssumme als Kaufpreis, die nicht evincirt werden kann; die Sachen sind als dem Manne verkauft anzusehen, und gilt dann auch im Falle der Eviction derselben dasselbe wie beim Kaufe. Das sagt der zweite Satz der Constitution, und damit stimmt überein L. 16. D. de iure dot. 23, 3. Vat. fragm. §. 105. Ist dagegen

3) eine Sache ohne vorgängiges Versprechen und ohne solche Aestimation zur dos gegeben worden, und zwar redlicher Weise, so steht wegen Eviction derselben dem Manne keine Klage zu. Das sagt der dritte Satz: nulla marito competit actio, und ausdrücklich bestätigt dasselbe auch für den Fall, wenn die Sachen zwar mit einer Schätzung, aber nur taxationis gratia hingegeben worden, L. 69. §. 7. D. de iure dot. 23. 3: Quum res in dotem datas soluto matrimonio reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrahitur; ideoque rebus evictis, si mulier bona fide eas dederit, nulla est actio viro. Aber: alioquin de dolo tenetur, so wird hinzugesetzt; das ist

4) der Fall, auf den der Schlußsatz der L. 1 Cod. cit. sich bezieht. Ist unredlicher Weise dem redlichen Manne eine Sache zur dos gegeben, so kann er dieserhalb mit der actio

doli Ersatz fordern, wenn ein Dritter der Besteller der dos war, mit einer actio in factum, wenn die Frau selbst die dos bestellte. Der Ausdruck „de dolo tenetur“ in L. 69. §. 7. cit. bezeichnet nur den Grund, aus welchem die Frau haftet, nicht die Art der Klage, die gegen sie stattfindet; daher ist kein Widerspruch zwischen den beiden Stellen vorhanden.

Diese Erklärung der L. 1. Cod. cit. wird sowohl von Windscheid als von Bekker a. a. O. als richtig anerkannt. Allein der erste bestreitet gleichwohl den Satz unter Nr. 3. Er erkennt ihn nur als richtig an vom Standpunkt des Rechts zu der Zeit, als das vorliegende Rescript erlassen wurde. Aber unzweifelhaft scheint es ihm, daß anders entschieden werden müsse, seit keine Stipulation mehr nöthig ist, um die Verpflichtung zur Leistung einer dos zu erzeugen. Seitdem, behauptet er, begründe die Tradition eben so gut eine Verpflichtung wie das Dotalversprechen. Ich kann dieser Ansicht nicht beitreten.

Vorerst steht ihr entgegen, daß sie nicht möglich ist, ohne den Compilatoren den Vorwurf einer heillosen Leichtfertigkeit und Gedankenlosigkeit zu machen, und vorauszusetzen, daß sie mit der Praxis ihrer Zeit, ja mit einer damals schon hundertjährigen Praxis nicht vertraut gewesen seien. Stipulation oder Diction war schon seit Theodosius II. zur Erzeugung jener Verpflichtung nicht mehr nöthig; es genügten qualia — cunque verba, welche den Verpflichtungswillen ausdrückten, und nach der Interpolation vollends, mit welcher die Theodosische Constitution in den Justinianischen Codex aufgenommen ist, kann die Verpflichtung durch jede formlose Willenserklärung eingegangen werden. Diese mit Absicht interpolirte Constitution steht als L. 6. in dem tit. Cod. 5, 11., der nach ihr nur noch eine Constitution enthält. Nun sollten die Compilatoren als erste Stelle des unmittelbar folgenden Titels eine Constitution aufgenommen haben mit einem sehr bestimmt lautenden Satze, der nach jener L. 6. cit. durchaus unpraktisch geworden wäre? und zwar, indem sie zugleich durch eine Interpolation (pollicitatio für dictio) bewiesen, daß sie die durch L. 6. cit. bewirkte Aenderung des älteren Rechts klar vor

Augen hatten? Sie hätten denselben Satz mit derselben Bestimmtheit als L. 69. §. 7. D. de iure dot. auch in die Pandekten aufgenommen und bei der Revision des Codex in diesem stehen gelassen, immer noch nicht bemerkend, daß er in das geltende Recht nicht mehr passe? Meines Erachtens ist der Rechtsausleger unter diesen Umständen nicht befugt, einen klar ausgesprochenen Rechtsatz einfach bei Seite zu legen, und da nun in Ansehung des fraglichen Punktes zwischen dem neueren römischen und dem heutigen Recht kein Unterschied obwaltet, so ist dieser Satz auch für das letzte noch zu respectiren.

Dies ist um so mehr zu behaupten, als der Satz auch im heutigen wie im neueren römischen Recht ungeachtet der verpflichtenden Kraft des formlosen Vertrags, einer inneren Berechtigung keineswegs entbehrt. Es ist auch im heutigen Recht noch ein Unterschied zwischen einer Willenserklärung des Inhalts, daß man sich zu einer Leistung verpflichte, und der Willenserklärung, welche in einer ohne vorgängige Verpflichtung geschehenden Leistung sich ausspricht, daß man dem Empfänger eben den Gegenstand der Leistung zuwende. Windscheid fragt: „Will man keine Verpflichtung entstehen lassen aus der Erklärung: ich gebe als dos dieses Grundstück? Und wenn man es will, warum soll es anders sein, wenn mit dieser Erklärung Tradition verbunden, oder, besser gesagt, wenn diese Erklärung in der Tradition abgegeben wird?" Ich antworte darauf: Jene Erklärung kann genügend sein, um den Willen sich zu verpflichten, wie sich der Römer durch Stipulation verpflichtete, auszudrücken; dieser Wille ist das entscheidende; wo er fehlt, entsteht noch keine Obligatio, und ich möchte nicht behaupten, daß unter allen Umständen jene Erklärung ein unzweifelhafter Ausdruck dieses Willens sei. Wer aber dieselbe nur bei der Tradition abgibt, um zu erkennen zu geben, zu welchem Zweck, in welcher Absicht, ex qua causa, er tradire, wer eben nur in der Tradition erklärt, daß er dotis causa gebe, der erklärt den Willen, sich zu verpflichten, entschieden nicht; er kann, abgesehen von dem Falle des Dolus, nicht einmal glauben, daß daraus eine Obligatio entstehe; er überträgt, seiner Meinung nach, das Eigenthum, damit ist die Sache abgethan.

Es scheint mir ein Fehler, die Lehre von der Gültigkeit des formlosen Vertrags so weit zu treiben, daß man den Unterschied zwischen einem obligatorischen Vertrag und dem in der Tradition liegenden Vertrage ganz verkennt und verwischt. Eine Obligatio entsteht daraus so wenig, wie in dem Falle, wenn Jemand conditionis implendae causa eine Sache tradirt oder ob causam futuram, wo nicht ein unbenannter Contract vorliegt, so wenig, wie der Erbe verpflichtet wird, wenn der Erblasser eine Sache, die er irrthümlich für die seinige hält, unter der Auflage vermacht hat, daß von den Einkünften die Studienkosten eines jungen Mannes bestritten werden. Wie unangemessen die Behauptung Windscheid's sei, das zeigt sich einleuchtend in dem Falle stillschweigender Bestellung der dos, wie sie nach dessen Ansicht (§. 494, Anm. 3) stattfindet. Er behauptet, eine solche sei in allen Fällen anzunehmen, in welchen von der Frau oder von Seiten der Frau Vermögen ohne Vorbehalt in die Hand des Mannes gegeben wird. Wenn also die Frau eine ganze Hauseinrichtung in die Wohnung des Mannes einbringt, ein Landgut ohne Vorbehalt seiner Verwaltung übergibt, nachher aber ein todtgeglaubter Bruder die Hälfte dieses Vermögens in Anspruch nimmt, ein dritter einen Theil des Hausrathes, als von ihm dem verstorbenen Vater der Frau in Verwahrung gegeben, evincirt, so könnte der Mann, nach der Consequenz der beiden Behauptungen Windscheid's in §. 494, Anm. 13 und §. 495, Anm. 5 auf Evictionsleistung klagen.

Diesem nach kann ich mich nicht bestimmt finden, in einer künftigen Auflage meines Lehrbuchs den §. 403 nach Windscheid's Ansicht abzuändern. Aber auch zu der von Bekker a. a. O. beantragten Modification kann ich mich nicht verstehen.

Bezüglich der sog. dos necessaria behaupte ich, daß im Falle der Eviction zunächst die Frau auf bessere Erfüllung der gesetzlichen Verbindlichkeit des Bestellers der dos zu klagen berechtigt sei, der Mann nur, sofern ihm etwa die Frau ihren Dotationsanspruch abgetreten habe. Bekker aber, die Richtigkeit des Satzes nach bloser Consequenz nicht bestreitend, glaubt, die Römer seien in dieser Richtung einen Schritt weiter

gegangen und gäben nach geſchloſſener Ehe dem Mann die Klage unmittelbar. Den Beweis dafür findet er in

L. 34. D. de iure dot. 23. 3 (Ulp. lib. XXXIII. ad Sabinum.):

Mater quum filiae aurum dedisset utendum, pater puellae id aurum in dotem viro adpendit, dein mortua est mater; si inscia invitave uxore vir id aurum in dotem dedisset, manet id aurum heredis matris vindicarique potest, et eo minorem dotem viro datam esse placuit; quia res evicta est marito, competit adversus socerum actio, (oder: quia res evicta est, marito comp. adv. s. a.).

Da hier nur geſagt iſt, daß der Vater der Frau die dos gegeben habe, ſo müſſe man annehmen, ſagt Bekker, daß er eben als Vater, d. h. wegen der ihm als Vater obliegenden Verbindlichkeit, eine Dos zu beſtellen, auch zur Evictionsleiſtung gehalten ſei. Ich halte dieſe Erklärung für unmöglich und glaube, daß ein beſonderer Grund der Haftung des Schwiegervaters wegen Eviction (nach L. 1 Cod. cit.) in der Stelle vorausgeſetzt werden muß. Die Verpflichtung des Vaters zu angemeſſener Dotation der Tochter wird in L. 19 D. de ritu nupt. 23. 2. (Marcianus lib. XVI. Institut.) in folgender Weiſe anerkannt:

Capite trigesimo quinto legis Iuliae, qui liberos, quos habent in potestate, iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt, ex constitutione Severi et Antonini per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare.

Ob auch die Dotationspflicht des Vaters ſchon in der Lex Iulia anerkannt war oder erſt durch die ausdehnende Conſtitution von Severus und Caracalla feſtgeſtellt wurde, iſt ſtreitig. Ich halte mit Zimmern Rechtsgeſchichte I. §. 159, Anm. 4 und Demelius legum fragm. p. 49, not. 12 das erſte für wahrſcheinlicher. Wie man aber auch darüber denken mag, ſo iſt es unzweifelhaft, daß zur Geltendmachung dieſes Dotationsanſpruches keine actio gegeben ſein

konnte. Nur im Wege einer extraordinaria cognitio konnte der Vater angehalten werden, wie schon der Ausdruck „per proconsules . . . coguntur“ beweist. Ohnehin ist das collocare in matrimonium und das dotare nicht zu trennen, da die Tochter ohne dos als illocabilis anzusehen war. Die Dotation aber war durch den Magistratus nach billigem Ermessen zu bestimmen. Wenn nun der Vater ungezwungen für die Tochter eine dos bestellt und dabei auch Goldsachen, die ihm nicht gehörten, mitgegeben hatte, woher sollte wegen deren Eviction dem Manne, blos mit Rücksicht auf jene gesetzliche Verpflichtung des Vaters, eine actio kommen? Er hätte doch höchstens, falls nun die dos ihm nicht mehr eine angemessene schien, deshalb eine Imploration an den Magistratus richten können, um eine angemessene Ergänzung des Ausfalles nach billigem Ermessen zu erwirken. Das aber hätte Ulpian gewiß nicht mit den Schlußworten der L. 34 cit. ausgedrückt.

Ich kann hiernach nicht zugeben, daß diese Stelle (die ich in Parenthese zu dem ersten Satze der L. 1 Cod. cit. selbst angeführt habe) eine directe Entscheidung der Frage in Bekker's Sinn enthalte. Denkt man dabei an den Fall der gesetzlichen Verpflichtung des Verführers nach neuerem Recht, so tritt auch hier das Unangemessene dieser Meinung grell hervor. Gesetzt, derselbe hat nach gütlichem Ausgleich mit der Verführten für diese dem Mann eine dos bestellt: soll dieser nun berechtigt sein, ohne Autorisation der Frau Klage wegen Eviction gegen jenen zu erheben, auf Grund der gesetzlichen Verpflichtung desselben, und dadurch in gerichtliche Verhandlung ziehen, was sie gern mit einem Schleier bedeckt sähe? Hätte aber der Verführer der Frau selbst die Dotation ausgezahlt und diese davon erst dem Manne die dos bestellt, so könnte vollends gar keine Rede davon sein, daß der letzte aus eigenem Recht auf Evictionsleistung klagen könnte.

Ich benutze diese Gelegenheit, um noch eine andere Bemerkung gegen Windscheid zu machen. In §. 499, Anm. 4 tritt derselbe in Ansehung der bekannten Streitfrage, ob der Vater im Fall des Todes der Frau die dos profectitia auch dann, wenn die Tochter emancipirt war, zurückfordern könne.

nicht nur der nach Francke's Abhandlung im Archiv XXVI. 14, von Vangerow in der 6. und 7. Aufl. §. 220, Anm. 1, vertheidigten Ansicht bei, sondern behauptet auch, gegen Vangerow Anm. 1, a. E., daß der Vater selbst die der noch in der Gewalt befindlichen Tochter bestellte dos nicht fordern könne, wenn die Tochter zur Zeit ihres Todes nicht mehr in der väterlichen Gewalt sei. Er hält dafür, daß auch dieses durch L. un. §. 13 Cod. de rei ux. act. 5, 13 unwiderleglich bewiesen werde, indem dieselbe sage:

„Extraneum autem intelligimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem et in potestate dotatam personam habentem; parenti enim tacitam ex stipulatu actionem donamus.

Dies scheint mir unrichtig. In dem vorhergehenden Theile des §. 17 cit. ist immer nur von der durch einen Extraneus bestellten dos die Rede und wird erklärt, daß in Beziehung auf diese nicht eine stillschweigende Stipulation der Rückgabe der Dos anzunehmen sei, sondern in Ermangelung einer ausdrücklichen Stipulation von Seiten des fremden Bestellers immer nur der Frau die durch dieses Gesetz eingeführte sog. actio ex stipulatu zustehen solle. Wenn nun am Ende der angeführte Satz hinzugefügt wird, so kann dieser nur zu der Erklärung dienen, welche dos als von einem Extraneus bestellt anzusehen sei, und daher der Frau anfalle. Nicht von einem Extraneus bestellt aber ist darnach die dos, welche der Vater seiner zur Zeit noch in der väterlichen Gewalt befindlichen Tochter bestellt hat. Es ist daher unzulässig, die letzten Worte: parenti enim tacitam ex stipulatu actionem, (richtiger würde gesagt sein: ex tacita stipulatione actionem) donamus, so zu verstehen, als sagten sie: parenti enim, qui dotatam filiam in potestate (nunc) habet, . . . actionem donamus. Dies wäre sogar Unsinn: es hätte, wenn der Gesetzgeber den Gedanken Windscheid's ausdrücken wollte, gesagt werden müssen: qui dotatam filiam tempore mortis eius oder usque ad tempus mortis in potestate habebat. Es wäre auch innerlich verkehrt. Denn wenn die Sache so behandelt werden soll, als hätte der Vater die Rückgabe der

dos ſtillſchweigend ſtipulirt, ſo kann dies doch nur mit Rückſicht auf die Zeit der Beſtellung gedacht ſein; es muß alſo dieſelbe Folge eintreten, als ob der Vater bei der Beſtellung die Rückgabe ausdrücklich ſtipulirt hätte; in dieſem Fall iſt aber kein Zweifel, daß die ſpätere Emancipation der Tochter auf das Recht des Vaters keinen Einfluß hat. Darüber ob der Vater auch die der bereits emancipirten Tochter beſtellte dos fordern könne, mag immerhin der Streit fortdauern, weil man verſchiedener Meinung darüber ſein kann, ob durch L. un. §. 13 cit. die widerſtreitenden Pandektenſtellen antiquirt ſeien, oder ob mit Rückſicht auf dieſelben L. un. §. 13 cit. in f. beſchränkend zu erklären ſei. Darüber ob der Vater in Anſehung der dos profectitia jenes Recht habe, wenn die Tochter erſt ſpäter emancipirt worden iſt, kann ich einen Zweifel nicht für berechtigt erkennen.

X.

Ueber die Aufhebung der väterlichen Gewalt nach deutſchem Rechte.

Von Herrn Dr. **Friedrich Zimmermann**,
Hofgerichtsrath zu Gießen.

In der Praxis herrſcht großes Schwanken in Bezug auf die Grundſätze, welche bei der Lehre über die Aufhebung der väterlichen Gewalt durch abgeſonderten Haushalt und durch Verheirathung der Kinder in Anwendung zu bringen ſind. In dieſer Noth hat man ausdrücklich zu einer neuen Bearbeitung dieſer Lehre aufgefordert [1]), und dieſe ſoll daher im Folgenden verſucht werden.

---

1) Seuffert's Archiv Bd. 5 von 1852, zu Nr. 30, Not. 1, S. 39.